

Atualização legal

Notícias de Compliance e Anticorrupção

Abril 2016

DOJ lança programa piloto para casos de FCPA

Em 5 de abril de 2016, o Departamento de Justiça ("DOJ") dos EUA anunciou um novo programa piloto de aplicação da Foreign Corrupt Practices Act (Lei de Práticas Anti-Corrupção no Exterior) ("FCPA") com o objetivo de motivar as empresas a divulgarem voluntariamente violações relacionadas à FCPA, colaborar integralmente com o DOJ durante as investigações e promover uma maior responsabilidade entre os indivíduos e entidades que violem a FCPA e leis correspondentes. No programa, uma empresa que: (1) divulgar voluntariamente uma violação suspeita; (2) colaborar integralmente com o DOJ em todas as etapas da investigação e durante todo o processo; e (3) implementar as medidas corretivas apropriadas, poderá obter uma redução de até 50% da multa estipulada nas diretrizes para sentenças nos EUA (United States Sentencing Guidelines "USSG"). Além disso, a empresa que atender às exigências do programa poderá ser dispensada da obrigação de nomear um monitor. O programa está em vigor desde 5 de abril de 2016 e será implementado durante um ano, sendo aplicado apenas pela Seção de Fraudes do DOJ e não pela procuradoria dos EUA. Após esse primeiro ano de vigência, o DOJ avaliará quão bem sucedido foi o programa piloto, se o mesmo deve seguir sendo implementado e, em caso positivo, se serão necessárias mudanças no programa.

Atender à todos os requisitos do programa piloto não é uma tarefa fácil - muitas das exigências são onerosas. Além disso, não existe garantia de que o DOJ reconhecerá a totalidade dos esforços colaborativos ainda que a empresa tenha cumprido com todos os requisitos.

O lançamento deste programa piloto coloca-se contra os argumentos de um debate significativo sobre os benefícios da divulgação de possíveis violações à FCPA que sejam relatadas ao DOJ. Embora o DOJ afirme com veemência que recompensará a auto-delação e a cooperação, ainda pairam dúvidas quanto à clareza e previsibilidade no que se refere aos benefícios tangíveis que serão oferecidos na prática. Andrew Weissmann, Chefe da Seção de Fraudes do DOJ, que supervisiona e gerencia as investigações e os processos da FCPA, disse que este programa piloto "estabelece uma clara distinção entre os benefícios oferecidos à pessoa que se candidata à delação voluntária em oposição àquelas que optam por esperar até que surjam indícios contra as mesmas para começar a colaborar". Seu comentário reforça a ideia de que o DOJ está tentando criar incentivos objetivos para que as empresas divulguem possíveis violações à FCPA, que colaborem integralmente com qualquer investigação resultante e que implementem as medidas corretivas apropriadas.

Delação voluntária

Há um bom tempo, o DOJ abraçou a ideia de que a delação voluntária de possíveis violações que se enquadrem nas leis anticorrupção poderia encorajar os promotores a resolverem tais violações por meio de um Acordo de Suspensão Condicional do Processo ("DPA"), de um Acordo de Não Acusação ("NPA") ou até mesmo de uma recusa. Uma

delação voluntária deve: (1) ser classificada pelas USSG como tendo ocorrido "antes de uma ameaça iminente de divulgação ou de investigação governamental";¹ (2) ser realizada "dentro de um prazo razoavelmente célere após a ciência da possível infração" com o intuito de fazer com que a empresa demonstre prontidão em agir; e (3) conter todos os fatos relevantes e conhecidos sobre a possível violação, incluindo o envolvimento de indivíduos. O DOJ não considerará uma delação como voluntária caso a empresa tenha sido obrigada a realizar a divulgação das informações por obrigação legal ou derivada de acordo ou contrato.

Colaboração total

Muitos dos requisitos do programa piloto para realizar a colaboração são previsíveis, tais como as exigências de conservar, coletar e divulgar documentos relevantes e fornecê-los ao DOJ com atualizações periódicas. No entanto, nem todos os requisitos são tão claros. Por exemplo, a colaboração integral envolve, entre outras exigências:

- Identificar oportunidades para que o DOJ obtenha provas relevantes que não estejam em posse da empresa e sobre as quais o DOJ não tenha tido conhecimento através de outra fonte;
- Fornecer todos os fatos relevantes relacionados à possíveis conduta criminosas de quaisquer terceiros, incluindo representantes de alto escalão, funcionários e outras empresas;
- Nomear representantes e funcionários que possam fornecer informações relevantes nas audiências com DOJ, incluindo funcionários que se encontrem fora do país e ex-funcionários (sujeitos aos direitos individuais da quinta emenda constitucional americana);
- Divulgar documentos que estejam no exterior, a localização destes documentos e quem os encontrou;
- Facilitar a prestação de documentos e testemunhos por terceiros em jurisdições estrangeiras; e
- Quando necessário, providenciar traduções de documentos relevantes.

Caso empresa julgue impossível atender à quaisquer das exigências do programa piloto devido, por exemplo, à existência de leis internacionais conflitantes, a empresa terá que comprovar tal impossibilidade e o DOJ "avaliará minuciosamente a veracidade" dessas reivindicações.

Medida corretiva oportuna e apropriada

Quando a empresa tiver atendido às duas primeiras exigências, DOJ então avaliará as medidas corretivas a serem adotadas. Embora alguns aspectos daquilo que o DOJ espera em um programa de compliance já tenham sido abordados em acordos anteriores da FCPA, o programa piloto fornece orientação adicional sobre questões específicas. Ao avaliar as medidas corretivas de uma empresa e seu programa de compliance o DOJ tentará determinar se:

- A empresa possui recursos suficientes para implementar as funções de compliance.
- A equipe responsável por compliance tem experiência suficiente para identificar possíveis riscos.
- A empresa promove e compensa a equipe responsável por compliance de modo similar aos seus outros funcionários.
- O departamento de compliance é independente.
- A empresa orientou adequadamente quaisquer funcionários envolvidos em uma prática de má conduta.

¹ U.S. Sentencing Guidelines § 8C2.5(g)(1).

- A remuneração dos funcionários é afetada por (a) infrações disciplinares e (b) falhas em supervisionar adequadamente outros funcionários.

Benefícios do programa

Uma empresa que atende a cada uma das três exigências (delação voluntária, colaboração e medidas corretivas) poderá receber uma redução de até 50% da multa prevista nas USSG, e pode vir a ser dispensada da obrigação de nomear um monitor independente. Além disso, caso a empresa não atenda às exigências da delação voluntária mas colabore integralmente e adote medidas corretivas apropriadas e oportunas, poderá qualificar-se a fim de obter uma redução de até 25% da multa.

Pontos a serem considerados

Embora o DOJ tenha declarado reiteradamente nos últimos anos os benefícios da delação voluntária, colaboração e implementação de medidas apropriadas, o programa piloto representa uma tentativa de quantificar estes benefícios. No entanto, o DOJ continua retendo uma discricção significativa em relação à aplicação destes benefícios ao determinar se a empresa de fato atendeu aos inúmeros e onerosos requisitos do programa piloto e qual o crédito que lhe será atribuído. Ao analisar se realmente irão se beneficiar de uma participação no programa piloto, as empresas devem considerar diversas variáveis, incluindo:

- Se a empresa realmente receberá o benefício: o DOJ retém ampla discricção para aplicar os benefícios citados acima. Se a empresa atende aos padrões definidos pelo programa piloto, juntamente com os padrões já estabelecidos no manual do procuradores dos Estados Unidos e no Memorando Yates,² então o DOJ “poderá oferecer um acordo de até 50 % de redução” das multas e “normalmente não exigirá a nomeação de um monitor.” Embora seja um bom incentivo, não existe uma garantia concreta. Desta forma, a empresa que tentar ingressar no programa continuará sujeita à incertezas quanto ao seu desfecho.
- Qualificação para " delação voluntária": o programa esclarece que uma delação voluntária deve ser realizada de modo coerente e imediato, a partir do momento em que a empresa tiver conhecimento sobre a possível infração, ou seja, antes que haja uma ameaça iminente de divulgação ou investigação governamental. A delação voluntária deve ser, portanto, "imediate", mas o DOJ não descreve como avaliará essa prontidão. Esta obrigação de prontidão pode vir à prejudicar a conclusão de uma análise interna. Como resultado, para conservar a capacidade de se qualificar ao programa piloto, muito provavelmente uma empresa terá que realizar a delação voluntária antes mesmo de conseguir avaliar se tem recursos ou condições de atender às inúmeras exigências do programa. Isso exige que a empresa pondere cuidadosamente a realização da investigação interna e a sua capacidade de ingressar no programa piloto.
- Compartilhamento de informações sobre indivíduos e terceiros: conforme enfatizado pelo Memorando Yates do ano passado, o objetivo declarado do DOJ são os processos contra indivíduos e empresas. O programa piloto reitera o objetivo ao enfatizar novamente este ponto (descrito no primeiro parágrafo da discussão sobre o que constitui colaboração e repetido várias vezes por todo o documento). Além disso, a colaboração exige que a empresa não apenas compartilhe informações sobre os envolvidos, mas que também facilite a elaboração de documentos e prestação de depoimentos pelos mesmos. Não obstante, empresa pode não possuir informações completas sobre os envolvidos ou não ter o poder de convencer pessoas e entidades estrangeiras à atenderem aos requisitos e solicitações do DOJ. Para atender as exigências do programa, portanto, a empresa pode vir a ter que empregar recursos e tempo significativos para concluir a investigação e garantir que seu relatório ao DOJ seja completo.
- Preocupações com a privacidade de informação: a colaboração também exige o fornecimento de documentos e informações que encontrem-se fora dos Estados Unidos. Contudo, estes documentos e informações podem estar sujeitos à leis de privacidade e/ou trabalhistas estrangeiras. A diretriz é clara em dizer que, se a

² <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/132108/doj-announces-new-policy-on-prosecuting-corporate-individuals>

empresa deseja invocar leis de privacidade de informação como defesa, terá a obrigação de comprovar que a divulgação é proibida e que não há uma alternativa legal disponível para que os documentos sejam fornecidos. Em sua apresentação na Compliance Week Conference em Washington, D.C. em 19 de maio de 2015, a Assistant Attorney General Leslie Caldwell mencionou que o DOJ tem se frustrado com a "utilização infundada de leis de privacidade de informação estrangeiras para justificar a não-divulgação de informações solicitadas." Provavelmente, essa demanda resultará na necessidade de contratação de um advogado local pela empresa, o que pode significar gastos e prazos adicionais.

- Extensão da avaliação do programa e departamento de compliance: o programa piloto oferece ao DOJ a possibilidade de realizar inúmeras avaliações subjetivas no que se refere ao programa e departamento de compliance da empresa. Por exemplo, o DOJ analisará os recursos destinados ao programa de compliance, a qualidade e a experiência da equipe responsável pela área, a independência da função de compliance e como a equipe responsável é remunerada e promovida. Essas questões são geralmente abordadas pelas empresas de maneira única. Para que o DOJ possa avaliar essas questões subjetivas de forma adequada e consistente, o programa piloto oferece efetivamente ao DOJ um lugar à mesa no momento em que a empresa deve tomar essas decisões. As empresas que operam fora dos Estados Unidos, principalmente em jurisdições regulatórias menos desenvolvidas e em desenvolvimento, podem achar que as diretrizes de compliance do programa piloto para "uma medida corretiva oportuna e adequada" são desafiadoras no que diz respeito às expectativas associadas às qualificações, independência, cultura e remuneração. Em um cenário de contenção de custos em certos setores, as empresas podem considerar difícil alocar recursos e financiar programas de compliance que atendam a essas expectativas.
- Considerações internacionais: agindo conforme acordos com sua contraparte americana, o Escritório de Fraudes Graves ("SFO") do Reino Unido também busca promover a delação voluntária, incentivar a colaboração e garantir que os indivíduos sejam responsabilizados. Embora as metas políticas estejam alinhadas, os mecanismos disponíveis para o Reino Unido e outras autoridades internacionais são menos desenvolvidos em alguns aspectos. Em fevereiro de 2014 e após uma longa consulta (e críticas ao histórico do Reino Unido em responsabilizar empresas), uma estrutura de DPA foi finalmente criada para os promotores ingleses. Apenas recentemente, em dezembro de 2015, o SFO assinou seu primeiro DPA, com o Standard Bank.³ Outras jurisdições, incluindo a Austrália e o Canadá, estão considerando a implementação de estruturas similares para facilitar a aplicação da lei a empresas. Dado o atual nível de colaboração entre as autoridades americanas e suas contrapartes internacionais, incluindo discussões relacionadas à multas e sanções aceitáveis pelas autoridades reguladoras internacionais, as empresas que operam fora dos Estados Unidos e buscam se beneficiar do programa piloto do DOJ devem considerar o possível impacto em outras jurisdições e tentar manter sua colaboração com as autoridades reguladoras do mundo todo.

³ <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/134684/a-brave-new-world-key-factors-in-agreeing-a-uk-dpa-and-insight-into-global-settlements>

Para mais informação por favor entre em contato com:

| | | | |
|-------------------------------|---------------|------------------|----------------------------------------|
| > Richard Craig Smith | United States | +1 202.662.4795 | Richard.smith@nortonrosefulbright.com |
| > Kevin James Harnisch | United States | +1 202.662.4520 | Kevin.harnisch@nortonrosefulbright.com |
| > Mike Munro | United States | +1 713.651.5103 | Mike.munro@nortonrosefulbright.com |
| > Paul Edward Sumilas | United States | +1 202.662.0456 | Paul.sumilas@nortonrosefulbright.com |
| > Andrew Haynes | Brazil | +5521 3616 6996 | Andrew.haynes@nortonrosefulbright.com |
| > Glenn Faass | Brazil | +5521 97220 9314 | Glenn.faass@nortonrosefulbright.com |

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright South Africa Inc and Norton Rose Fulbright US LLP are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients.

References to "Norton Rose Fulbright", "the law firm", and "legal practice" are to one or more of the Norton Rose Fulbright members or to one of their respective affiliates (together "Norton Rose Fulbright entity/entities"). No individual who is a member, partner, shareholder, director, employee or consultant of, in or to any Norton Rose Fulbright entity (whether or not such individual is described as a "partner") accepts or assumes responsibility, or has any liability, to any person in respect of this communication. Any reference to a partner or director is to a member, employee or consultant with equivalent standing and qualifications of the relevant Norton Rose Fulbright entity.

The purpose of this communication is to provide general information of a legal nature. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.